

Costantino Cordella

L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*

Sommario: **1.** Premesse ricostruttive. **2.** Tutele e legge applicabile ai contratti di lavoro nel regolamento Roma I. **3.** Rapporti tra diritto internazionale privato e frode alla legge. **4.** Metodi correttivi della legge applicabile. Profili storici sull'ordine pubblico. **5.** L'ordine pubblico "internazionale" nel percorso di adattamento alle fonti eurounitarie. **6.** L'ordine pubblico europeo nei rapporti con i Paesi terzi. **7.** Ordine pubblico europeo *vs* tutele dei lavoratori nei confronti dell'impresa beneficiaria del lavoro in distacco. **8.** Alcune applicazioni dell'ordine pubblico nazionale ai lavoratori distaccati in Italia.

I. *Premesse ricostruttive*

Le condizioni lavorative di chi esegue temporaneamente una prestazione in uno Stato UE diverso da quello di origine sono stabilite dalla direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996, prevedendo che, durante il periodo di distacco, ai lavoratori si applichi la legge dello Stato ospitante per quanto riguarda le tutele espressamente indicate al suo art. 3.1¹. Il richiamo alla legge

* Questo contributo si iscrive nell'ambito delle ricerche svolte per il progetto "Sources of the law and social dialogue in the transposition of the posted workers directive", finanziato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

¹ Le materie indicate all'art. 3.1 della direttiva 96/71/CE sono state modificate, di recente, dalla direttiva europea 2018/957 UE del 28 giugno 2018, che tra gli altri temi ha inciso in particolare sulla retribuzione, stabilendo la piena parità retributiva dei lavoratori distaccati rispetto ai comparabili impiegati nel Paese di destinazione. Tali novità dovranno essere recepite dagli Stati membri entro il 30 luglio 2020 (art. 3.1), ma in ogni caso saranno applicabili solo a partire da tale scadenza (art. 3.2). La prospettiva scelta per questo contributo non consentirà di trattare, se non per profili accessori, le modifiche introdotte con l'ultima Direttiva, per le quali si rinvia a un futuro lavoro e alle ricerche già pubblicate: in particolare, cfr. ROCCA, *The reform of the EU Directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker presidency?*, in CASALE G., TREU (a cura di), *Transfor-*

dello Stato ospitante è, di certo, una forma di protezione: essa si applica infatti solo per le disposizioni più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelle dello Stato di origine². Inoltre, la necessità per le imprese distaccanti di garantire determinate tutele secondo le previsioni dello Stato ospitante ha come effetto di favorire una competizione più equa ed equilibrata con le imprese locali, che applicano lo stesso *standard*.

Sta di fatto però che, a livello comunitario – *rectius* eurounitario –, il distacco transnazionale è, prima di tutto, un fenomeno da valorizzare nell’ottica di eliminare gli ostacoli alla prestazione di servizi transnazionali e di creare così le condizioni per un mercato interno inclusivo ed equo³. La prospettiva da cui il diritto eurounitario si occupa del distacco è stata, infatti, sin dalla prima direttiva in materia, quella di promuovere la libera prestazione dei servizi.

Come tra l’altro risulta dalle indagini svolte sul tema, il coordinamento delle discipline nazionali promosso dalle istituzioni europee con la direttiva 96/71/CE è stata la risposta alla tendenza degli Stati membri ospitanti di imporre alle imprese straniere distaccanti l’intero impianto del diritto del lavoro interno⁴. Prima della regolazione europea del fenomeno, infatti, in Paesi come il nostro, la giurisprudenza era orientata nel disapplicare il diritto straniero tramite la clausola di ordine pubblico (da ora “o.p.”) e nel ritenere che il significato di questa si estendesse a tutto l’impianto di regole del lavoro presenti nell’ordinamento (anche) in virtù della connotazione costituzionale che il lavoro ha nella Carta fondamentale⁵.

mations of work: challenges for the national systems of labour law and social security, Giappichelli, 2018, pp. 1171-1180; FRANKART, DORSEMONT, MORSA, TRAVERSA (a cura di), *Le travail détaché face au droit européen - Perspectives de droit social et de droit fiscal*, Larcier, 2019; nonché LOFFREDO, *Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell’Unione europea*, in questo numero della rivista.

² È quanto si rinviene dalla lettura dell’art. 3.7 della direttiva 96/71/CE.

³ Vedi i considerando 1 e 5, della dir. 96/71/CE.

⁴ Vedi *ex plurimis* ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *ADL*, 1999, 2, p. 469. Sul principio di territorialità nel diritto del lavoro transnazionale, secondo la prospettiva tradizionale della giurisprudenza italiana, v. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in questa rivista, 2008, 3, p. 543 ss.

⁵ Per la giurisprudenza italiana, sino a metà degli anni ’90, il *favor laboris* era considerato di o.p., costituendo un principio generale dell’ordinamento, che ispirava i principi della Costituzione, perché inteso ad equilibrare i poteri delle parti del rapporto che l’autonomia contrattuale non era in grado di bilanciare, cfr. Cass. 6 settembre 1980 n. 5156, in *RIDL*, 1982, II, p. 42; Cass. 25 maggio 1985 n. 3209, in *GI*, 1985, I, p. 659 ss.; Cass. 29 novembre 1985 n. 5977,

A causa degli effetti di rottura che questa lettura del concetto di o.p. generava per gli obiettivi di mercato della (allora) Comunità europea, il suo utilizzo è stato invece fortemente ridimensionato nella pratica, a seguito della direttiva 96/71/CE; la forte influenza protezionistica che promanava dal considerare di o.p. tutte le regole nazionali di diritto del lavoro, ritenendo così incompatibili le leggi straniere, è stata giudicata in contrasto con la libera prestazione dei servizi nell'Unione e – come si dirà meglio in avanti – ha portato a un'interpretazione restrittiva del concetto, in base alla quale sono state escluse le regole appartenenti ai singoli Stati nazionali e la qualificazione di o.p. è stata accettata solo per le disposizioni comuni, enucleate nelle fonti europee⁶.

Sotto il profilo giuridico, vi è poi da considerare che il distacco transnazionale è crocevia di materie, interessando anche il diritto internazionale privato (da ora “d.i.p.”), che si occupa di individuare la legge applicabile quando il caso esaminato abbia collegamenti con ordinamenti diversi. Le funzioni, i metodi regolativi e gli obiettivi che le fonti di d.i.p. attuano in relazioni contrattuali a carattere internazionale, come il distacco transnazionale, non coincidono, tra l'altro, né sono semplicisticamente assimilabili, a

in *Mass. GC*, 1985, p. 11; Cass. 7 marzo 1986 n. 1530; Cass. 30 novembre 1994 n. 10238, in *Mass. GC*, 1994, p. 11; Cass. 1 giugno 1995 n. 6136, in *RDIPP*, 1997, p. 418; Cass. 27 marzo 1996 n. 2756, in *RDIPP*, 1997 p. 469. Per una rassegna delle posizioni giurisprudenziali, cfr. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *DLRI*, 1998, 20, p. 75 ss.; POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *RDInt*, 1981, p. 47. A ben vedere, comunque, ciò era anche il portato di una regolazione del conflitto tra leggi, rimessa alle sole norme del Codice Civile (artt. 17-31 preleggi), in assenza di una disciplina interna – poi prevista con l. 31 maggio 1995 n. 218 –, tesa a garantire certezza e prevedibilità del diritto applicabile. Ha parlato, invece, di ragioni legate al retaggio corporativo, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 545.

⁶ Ciò accadeva mentre, con l'allargamento a Est dell'Unione, si ampliavano le differenze regolative tra gli Stati membri e progrediva il fenomeno – dai pericolosi contorni sociali – del trasferimento della produzione di beni e servizi verso Paesi con leggi sul lavoro meno protettive e costose. Si sono poste, così, le basi anche per la diffusione delle *letterbox companies*, imprese create *ad hoc* in Paesi con regole sul lavoro meno “onereose”, le quali assumono i lavoratori per poi distaccarli nello Stato in cui la prestazione deve essere svolta. Vedi, di recente, BRINO, GRAGNOLI, *Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2018, 2, p. 213 ss.; SUPLOT, *Quale giustizia internazionale nel XXI secolo?*, in *RGL*, 2016, 3, I, p. 666 ss. In una prospettiva diversa, che approfondisce il fenomeno delle delocalizzazioni dal punto di vista dei Paesi emergenti, evidenziando come esso entri a far parte delle dieci forze che hanno consentito di livellare le differenze con i Paesi industrializzati, v. FRIEDMAN T.L., *Il mondo è piatto. Breve storia del ventunesimo secolo*, Mondadori, 2006.

quelli del diritto europeo. Prima di poterci perciò occupare del significato che il diritto del lavoro eurounitario ha riconosciuto all'o.p. (§ 5), tenendo anche conto del ruolo che tale concetto acquisisce nei rapporti con imprese non appartenenti all'Unione europea (§ 6), è necessario iniziare la nostra analisi con una breve premessa sulle regole relative all'esecuzione dei rapporti di lavoro con profili internazionali (di cui, come anticipato, il distacco transnazionale è una variante peculiare, § 2-4). Il risultato atteso dalla ricerca è di verificare se sia compatibile con il diritto eurounitario un'applicazione dell'o.p., richiamato all'art. 3.10 della direttiva 96/71/CE, che presidi valori fondamentali affermati anche solo negli Stati membri (§7-8).

2. *Tutele e legge applicabile ai contratti di lavoro nel regolamento Roma I*

I criteri di collegamento internazionalprivatistici per il riconoscimento della legge applicabile ai contratti di lavoro sono attualmente previsti nel regolamento UE del 17 giugno 2008 n. 593, cd. Roma I (da ora "Regolamento"), che – pur conservandone in sostanza l'impostazione teleologica – ha sostituito, con il suo art. 8, l'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980.

Anche per i rapporti di lavoro, lo schema proposto dal Regolamento è principalmente funzionale a garantire la certezza nella designazione della legge applicabile, restando in secondo piano – seppur presenti – le finalità di giustizia materiale, legate alla tutela della parte debole. La protezione del lavoratore dà impulso al comma 1 dell'art. 8, di cui si dirà tra poco; le disposizioni seguenti invece segnano la prevalenza a cui si è accennato. Salvo il caso in cui la legge applicabile sia stata scelta dalle parti, il comma 2 indica come criterio di collegamento il luogo di esecuzione abituale del lavoro, mentre il comma 3 stabilisce che, in via sussidiaria, si applichi la legge dello Stato in cui il lavoratore è stato assunto (comma 3), riferendosi ai casi – rari – in cui non si riesca ad accertare un unico Stato in cui il lavoro è svolto abitualmente; infine, è fatta salva, al comma 4, la clausola di eccezione, che ammette di applicare, in ogni caso, una legge diversa da quella designata secondo i precedenti criteri, ove il rapporto di lavoro abbia un collegamento più stretto con uno Stato diverso⁷.

⁷ V. C. Giust. 15 marzo 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, pt. 46, e 12 settembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, pt. 44. L'operatività dell'eccezione ammette maggiore discrezionalità per il giu-

Specie la formulazione di questa clausola – rimasta immutata rispetto alla Convenzione di Roma – lascia intendere la volontà di garantire un'impostazione “flessibile” ai criteri di collegamento, di modo che la legge più prossima al caso sia valorizzata a prescindere dalla concreta rilevanza di altri elementi, anche se questi suggeriscono collegamenti con leggi diverse e più protettive⁸.

Nei criteri previsti all'art. 8, l'intento di tutelare il contraente debole è comunque attuato tramite la prima parte della disposizione che ammette di derogare alla legge scelta dalle parti, quando essa è meno favorevole al lavoratore (art. 8 § 1): la previsione protegge il prestatore di lavoro che, nella fase costitutiva del rapporto, può essere stato indotto ad accettare la clausola della scelta – rinunciando così a una parte cospicua dei suoi diritti –, per non perdere l'opportunità di lavorare.

Ciononostante, sta di fatto che la disposizione non garantisce tutele soddisfacenti nei contesti transnazionali attuali, in cui le imprese, per abbattere il costo del lavoro, sono in grado di far coincidere la legge meno onerosa e protettiva, con quella applicabile secondo i criteri internazionali di collegamento.

È il caso del lavoratore impiegato per la maggior parte del suo orario di lavoro in missioni ripetitive da svolgere in Stati diversi – che non consentono di accertare uno Stato di esecuzione *abituale* del lavoro (si pensi, a esempio, alla logistica) –, e che sia assunto da una succursale situata, per ragioni di convenienza, in un Paese con un basso costo del lavoro; o del lavoratore impiegato abitualmente in uno Stato diverso da quello in cui l'impresa ha

dice rispetto a quella concessa, in generale, per gli altri contratti dall'art. 4 § 3 del Regolamento: solo per il contratto di lavoro, infatti, il richiamo al principio di prossimità non è condizionato alla *chiarezza* dell'esistenza di rapporti *manifestamente* più stretti con l'altro ordinamento.

⁸ La Corte si è più volte orientata nel ritenere applicabile la legge più “prossima” al caso – anche se meno favorevole al lavoratore –, valorizzando elementi di fatto come il luogo in cui il lavoratore versa le imposte ed è iscritto al sistema di previdenza sociale, nonostante che la prestazione fosse stata eseguita, per lungo tempo e senza interruzione, in un altro Stato, v. C. Giust. sentenza *Schlecker*, cit., punti da 34 a 38. In tema di contratti di lavoro, il maggiore indice di “rigidità” del Regolamento è – quasi come per paradosso – nella parte dispositiva del testo, laddove si precisa che la presenza *temporanea* del lavoratore in un altro Paese – che, come tale, non genera un cambiamento della legge applicabile – si desume dal fatto che, dopo aver eseguito la prestazione all'estero, il lavoratore deve riprendere il lavoro nel suo Paese di origine (considerando 36): anche da ciò viene in rilievo la preferenza per regole che tentano di preservare la certezza nei rapporti giuridici, circoscrivendo gli effetti sulla legge applicabile che derivano dall'esecuzione del lavoro in Paesi diversi.

attivato i rapporti fiscali e previdenziali, al fine di garantirsi – applicando la legge di questo, secondo il criterio di prossimità *ex art. 8, co. 4 del Regolamento* – un costo di manodopera più basso.

In tali evenienze, l'inderogabilità delle norme imperative – siano o meno queste relative alla legge scelta dai contraenti – perde il suo rilievo garantistico: le norme che dovrebbero imporsi ai contraenti sarebbero infatti quelle appartenenti all'ordinamento meno protettivo, sul quale è stata l'impresa a far convogliare i presupposti di fatto del caso.

Occorre, pertanto, riflettere, e spostare la nostra attenzione sul modo con cui il sistema internazionalprivatistico risponde a operazioni come quelle che il lavoro transnazionale propone di frequente oggi, in cui la legge ritenuta inderogabile dalle regole di conflitto può divenire una *fake rule*, formalmente garantista per la parte debole ma, in sostanza, parte dell'ingranaggio di selezione delle regole artatamente prefigurato dagli operatori economici di livello transnazionale.

3. *Rapporti tra diritto internazionale privato e frode alla legge*

La più incisiva tecnica di contrasto all'elusione delle regole di conflitto sarebbe impedire di applicare quelle leggi che sono designate in base a presupposti di fatto rivelatisi fittizi, perché stabiliti dai contraenti al sol fine di sottoporre il contratto a regole meno rigide di quelle previste dalla legge che sarebbe competente secondo i criteri del d.i.p.

Tale meccanismo, però, non procurerebbe gli effetti benefici a prima vista prospettabili, perché porrebbe in discussione la coerenza dell'intero sistema di d.i.p.: sarebbe infatti anomalo ammettere l'uso di meccanismi invalidanti come la frode alla legge in sistemi di d.i.p. che, nelle fonti, indicano come principio fondamentale proprio la libera scelta del diritto applicabile da parte dei contraenti; così come sarebbe piuttosto discutibile sottoporre la corretta designazione della legge all'onere di provare il carattere fittizio dei presupposti fattuali.

Non è un caso, infatti, che riferimenti espressi al concetto di frode non erano presenti prima nella Convenzione di Roma, né sono oggi riportati nel Regolamento, che ha disciplinato la materia delle obbligazioni contrattuali riguardanti uno o più Stati UE.

Ciononostante, le fonti internazionalprivatistiche non sono di certo

estranee a meccanismi di contrasto all'uso elusivo delle regole di conflitto: anzi, è risaputo che, nella realtà delle cose, i contraenti tendono a scegliere la regola dell'ordinamento da cui conseguono i vantaggi più consistenti⁹. Allo stesso modo, si sa che per la regolazione dei rapporti transnazionali esiste una competizione tra regole, se non tra ordinamenti¹⁰, che fomenta le differenziazioni di trattamento e la riduzione delle tecniche di difesa dei diritti.

Nel sistema europeo, poi, il modo con cui è disciplinata l'integrazione degli Stati membri non consente ancora di temperare tali fenomeni. È ancora *in progress* l'auspicato processo di armonizzazione delle normative, con cui rendere omogenei i trattamenti e migliore l'allocazione delle risorse; senza considerare, tra l'altro, il giudizio di chi revoca in dubbio che dall'omogeneità regolativa derivi un maggior benessere generale¹¹. Inoltre, si assiste a una *crisi* nel conseguimento degli obiettivi sovranazionali di politica del diritto che sono sottesi a tale processo di integrazione europea, sia per la non sempre leale cooperazione dei legislatori nazionali sia per le non irrilevanti diver-

⁹ Cfr. *ex plurimis* MARINAI, *Frode alla legge e abuso del diritto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *DUE*, 2017, 3, p. 485 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, *RDInt*, 2000, p. 67 ss.

¹⁰ ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, 2004, p. 52 ss. Ma in generale si faccia riferimento all'intera opera, che ben mette in evidenza quale sia l'andamento del mondo del diritto che, nelle sue diverse branche (diritto societario, amministrativo, privato, ecc.), tende a divenire un *super-market* da cui individui e società attingono i prodotti (le regole) più adatte alle proprie esigenze. In tal senso, il lavoro si apprezza per il tentativo di approcciare al tema dalle diverse angolature degli Autori che vi hanno contribuito, rispondendo al quesito principale posto, e cioè quale debba essere la misura della uniformità normativa da adottare, affinché l'allocazione delle risorse pubbliche e private sia la più armonica possibile per il mercato unico e per la promozione della giustizia sociale.

¹¹ Vedi, sul punto, la posizione di ZOPPINI nel volume a sua cura (ID., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 24), in cui si rileva che "la regola che impone una disciplina tassativa uniforme [...] non produce effetti parimenti uniformi nel mercato unico, perché incide su un segmento del mercato le cui caratteristiche non sono le medesime negli ordinamenti europei", in base a un ragionamento proposto per l'applicazione della direttiva europea sul ritardo nei pagamenti (dir. 2000/35 CE del 29 giugno 2000, attuata con il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231), ma che fa emergere un problema molto sentito nel distacco transnazionale, ove la parità di trattamento retributiva con i lavoratori dell'Ovest può incidere in maniera decisiva sulla capacità delle imprese dell'Est di appaltare servizi nell'Europa Occidentale, perché esse dovrebbero retribuire i loro lavoratori distaccati con salari fino a 9 volte superiori a quelli dovuti per lo stesso lavoro eseguito nei confini nazionali (v. i dati Eurostat, 2018, in cui tale differenziale emerge tenendo conto della media dei salari minimi bulgari (261 euro mensili) rispetto a quelli lussemburghesi (1999 euro mensili)).

genze di contenuto nell'attuazione delle direttive all'interno degli ordinamenti degli Stati membri¹².

Rinviando in avanti il discorso relativo al diritto eurounitario, sul piano del d.i.p., comunque, la lotta ai fenomeni di elusione delle norme imperative interne ha imboccato strade diverse rispetto a quelle cui si sarebbe giunti con lo strumento della frode, intervenendo cioè con l'uso di *strumenti correttivi* degli effetti dati dall'applicazione della legge designata.

Con questi, in pratica, si provvede ad adattare il contenuto della legge straniera applicabile, ai valori essenziali dell'ordinamento del foro, evitando al contempo che la legge espressione della scelta di comodo di entrambi o di uno dei contraenti – a esempio, il datore di lavoro, quale parte forte del rapporto – sia estromessa *tout court*.

I caratteri di tale intervento sono la “non neutralità” del metodo, che non si propone solo di risolvere il conflitto tra leggi, ma anche di valorizzare gli interessi sensibili di uno o entrambi i contraenti; e, ai fini della coerenza interna dell'ordinamento, la “essenzialità” delle regole del foro ammesse a integrare la legge applicata.

In sintesi, e ai nostri fini, si può dire che il metodo correttivo protegge il contraente debole, valorizzando “natura” e “scopo” delle norme e ponendo in secondo piano la “volontà” dei contraenti.

Sotto il profilo della tecnica normativa usata – il cd. *dépeçage* –, tale metodo richiede che il contenuto della norma elusa integri o si sostituisca alla corrispondente parte della legge applicata, sia che concerni la costituzione del rapporto sia che attenga al suo adempimento. In questo modo, da un lato, i criteri di collegamento – e la volontà dei contraenti – sono rispettati fino a un certo punto, e cioè fino a quando essi sono compatibili con la *ratio* delle regole del foro che si considerano irrinunciabili; dall'altro, le potenziali scelte elusive sono neutralizzate, senza che sia necessario giungere alla prova – in taluni casi diabolica – dell'intento fraudolento da parte di uno o di tutti i contraenti.

È opportuno altresì evidenziare che, tramite la correzione degli effetti della legge applicabile, si consente al Giudice non solo di intervenire quando

¹² Un caso emblematico, in tal senso, è proprio quello della direttiva 96/71/CE, che in alcuni Stati fu recepita secondo un approccio minimalista, con l'introduzione cioè delle sole garanzie minime in essa richieste (Regno Unito, in particolare), mentre, in altri Stati membri, l'occasione del recepimento fu colta per ampliare il novero delle tutele a favore dei lavoratori distaccati (Italia, Francia, Norvegia, ecc.).

si realizzano fenomeni patologici, di conclamata elusione delle regole normalmente applicabili (quando cioè i contraenti aggirano i criteri di collegamento, rendendo competente a regolare il contratto, la legge a essi più favorevole), ma anche di operare sulla fisiologica scelta delle regole di conflitto. In particolare, il carattere della “non neutralità” rispetto agli interessi dei contraenti – ammesso nell’assetto attuale del d.i.p. – fa in modo che si possa intervenire nel sistema di designazione astratta delle leggi, correggendo il risultato applicativo, anche quando esso sia giudicato solo “indesiderabile” secondo l’ordinamento del foro.

Queste brevi considerazioni sul metodo qualificatorio nel d.i.p. danno modo di contestualizzare l’ambito di operatività dell’o.p., che è infatti il principale strumento di correzione degli effetti della legge applicabile; è a partire da esse che, per il prosieguo della ricerca, ci si soffermerà sul livello dei contenuti valoriali che nel d.i.p. caratterizzano questo concetto. Ciò sarà utile a confrontare, più avanti, le sue modalità applicative con quelle in uso nel sistema della direttiva 96/71/CE, ove l’orientamento prevalente assegna al concetto di o.p., richiamato all’art. 3.10, contenuti riconducibili di fatto solo al livello sovranazionale.

4. Metodo correttivo della legge applicabile. Profili storici sull’ordine pubblico

La propensione a utilizzare l’o.p. per valorizzare, in maniera più o meno differenziata, interessi e tipicità delle culture nazionali – anche a discapito del riconoscimento di regole univoche per la soluzione dei conflitti tra leggi – iniziò a essere messa in discussione all’inizio del ‘900; in paesi come la Francia, dove l’o.p. aveva ricevuto già una massiccia applicazione giurisprudenziale, si giunse a ipotizzare che il suo utilizzo potesse generare contraddizioni – rispetto all’armonizzazione cui è rivolto ontologicamente il d.i.p. – potenzialmente *distruttive* per la materia¹³.

¹³ In questo senso, si vedano gli autori francesi citati da QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, 1969, p. 359, tra cui in particolare LEWALD, *Questions de droit International des successions*, in *Recueil des cours*, 1925, 9, p. 39. Non è un caso che si sia giunti a ritenere l’o.p. capace di cancellare gli effetti del d.i.p. Le prime teorie che, in maniera più articolata, tentarono di definirne l’essenza, si basavano sull’impostazione manciniana secondo cui le norme territoriali di o.p. escludono a priori il funzionamento stesso del d.i.p. e la conseguente possibilità di dare applicazione a norme straniere. Tale assunto – criticabile già per la scelta di esteriorizzare

In questo periodo, anche in Italia si aprì uno dei più accesi dibattiti di teoria generale sull'o.p.: la Scuola storica del diritto e la Scuola italiana di d.i.p. si confrontarono a partire da tesi diverse sull'origine e la misura dei contenuti dell'o.p., identificati, a seconda della prospettiva, come nazionali o internazionali¹⁴.

In particolare, secondo i fautori della Scuola storica del diritto, l'ingresso di leggi straniere era vietato quando queste affermavano regole e principi contrari ai valori comuni della comunità di diritto, intendendo come tale la comunità sociale e giuridica dei Paesi europei, essendo questi accomunati dalle origini cristiano-giudaiche. Di converso, l'applicazione dell'o.p. quale strumento di verifica del rispetto di tali valori non poteva includere valori nazionali ulteriori, essendo ciò in contrasto con l'apertura, verso la comunità superiore di diritto, cui si aspirava. A ciò si aggiungeva il profilo pratico del paventato pericolo di aprire spazi interpretativi troppo ampi per la giurisprudenza che, diversamente opinando, avrebbe potuto limitare l'ingresso di leggi straniere (non solo se contrarie ai principi comuni dei popoli civili, caratteristici della comunità sociale e giuridica dei Paesi europei, ma) anche se queste fossero contrarie solo a principi particolari della singola comunità statale¹⁵.

Ciò che, al contrario, sostenevano gli appartenenti alla Scuola Italiana, a partire da Stanislao Mancini, era il riconoscimento della sovranità e indipendenza statali e la conseguente necessità di rifarsi a un modello di relazioni tra il livello locale e quello superiore di regole diverso dal "medioevale", su cui sembrava basarsi la Scuola storica. Ammettere nel proprio territorio le leggi di uno Stato straniero, perché conformi ai principi della "comunità di diritto", voleva dire ritornare al modello dello *ius commune*, dimenticando il

la funzione dell'o.p. dalle finalità del d.i.p., nonostante anch'esso sia uno strumento teso a garantire l'armonia e la coerenza di un ordinamento statale – è stato alla base di tesi successive, secondo le quali l'o.p. agirebbe prima e fuori da ogni indicazione del d.i.p. e, nel campo in cui opera, non lascerebbe spazio – a prescindere dal contenuto delle norme – al diritto straniero; in tal senso, vedi le critiche alla dottrina citata (QUADRI R.) proposte da BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, 1969, p. 57.

¹⁴ Sulle differenze relative all'origine dell'o.p. e, in generale, sul suo funzionamento secondo le due Scuole citate, cfr. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 1977, p. 20 ss.

¹⁵ In questo senso, si vedano i lavori di Autori come Fadda, Bensa, oltre alla stessa opera di Savigny, per come ricostruiti da BENVENUTI, *op. cit.*, p. 29 ss.

significato che l'affermazione degli Stati nazionali aveva acquisito in ciascuno degli Stati europei. In questa prospettiva, quindi, l'o.p. nazionale doveva servire a escludere le norme di altri Stati – pur appartenenti alla medesima comunità europea di diritto – che fossero contrarie a istituti o specifiche discipline interne, considerate necessarie per il benessere della comunità nazionale e da valorizzare in base alle specificità del proprio contesto culturale e sociale¹⁶.

In questa ottica, anche la suggestione “pratica”, secondo cui l'uso troppo ampio della categoria dell'o.p., avrebbe minato il fine della armonizzazione delle regole tra gli Stati, perdeva di slancio concreto, se si pensa al fatto che è il principio stesso dell’“universalismo” delle regole di d.i.p. a non scaldare più l'animo dei fautori di queste tesi.

Si precisò così che la connotazione “internazionale” dell'o.p. – che già nel pensiero di Savigny era accettata e ricondotta ai valori della “comunità di diritto” – avesse concreto senso giuridico fino a quando i principi fondamentali della comunità internazionale coincidevano con quelli dello Stato che vi apparteneva. Al contempo, le divergenze tra principi “internazionali” e delle singole comunità nazionali erano risolti ritenendo i secondi meritevoli di protezione e perciò prevalenti, perché espressione dell'indipendenza e sovranità degli ordinamenti giuridici nazionali¹⁷.

5. *L'ordine pubblico “internazionale” nel percorso di adattamento alle fonti eurounitarie*

Il d.i.p. moderno ha così accolto la tesi della natura interna (o nazionale) dell'o.p.¹⁸. Nella seconda metà del secolo scorso, infatti, il problema è divenuto di carattere essenzialmente terminologico, e la dottrina prevalente, e più accreditata, ha condiviso la precisazione secondo la quale gli aggettivi

¹⁶ BARILE, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹⁷ BARILE, *op. cit.*, p. 31 ss.; BENVENUTI, *op. cit.*, p. 32; PALAIA, *L'ordine pubblico “internazionale”*, Cedam, 1974, p. 19 ss.

¹⁸ V. *ex plurimis* BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *RDC*, 2018, 2, p. 404; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 23 ss.; VILLANI, DI FABIO, SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Esi, 2013, p. 57; LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 67; FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazione e studi*, 1985, p. 607.

“interno” o “internazionale” accostati all’o.p. non identificherebbero l’origine dei principi e dei valori che il concetto intende preservare, che sono, in entrambi i casi, *interni* allo Stato, in base alle indicazioni già poste dalla Scuola Italiana, a cui si è fatto prima richiamo¹⁹. Tali aggettivi sarebbero invece espressivi dell’ambito di operatività: che è quello internazionale, quando l’o.p. è adoperato come limite all’ingresso di leggi straniere incompatibili²⁰; mentre è interno, ove il concetto sia richiamato per fattispecie, a rilievo solo nazionale, in cui si richiede di limitare gli effetti di atti posti da privati, ritenuti contrari a un interesse pubblico prevalente²¹.

Si è consolidata anzi, per ciò che riguarda l’ambito internazionale, la convinzione che il carattere interno dell’o.p. abbia una ragione propria evidente: esso, da un lato, ha la funzione di rompere con i vincoli imposti dalla comunità internazionale, o comunque rispondenti alle esigenze relative alle relazioni tra gli Stati, quando occorre tutelare particolari esigenze nazionali; d’altro canto, invece, consente la salvaguardia di valori di rilievo universale o

¹⁹ Cfr. FERACI, *op. cit.*, p. 23; TIMELLINI, *L’incidenza del principio di ordine pubblico sull’individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro all’estero*, in *DL*, 2003, I, p. 233.

²⁰ Cfr. DEL VECCHIO, *Il lavoro italiano all’estero*, Aracne, 2017, p. 88. Questa interpretazione dell’o.p. ha, in passato, portato a estendere larga parte della disciplina lavoristica alle fattispecie internazionali. Come si è detto in precedenza (v. *supra*, nota 5), sino a metà degli anni ’90, la giurisprudenza italiana qualificava il principio del *favor laboris* come di o.p., ritenendo applicabile ai rapporti di lavoro internazionali l’intera normativa di diritto del lavoro italiano, anche quando la legge designata fosse straniera (v. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 223; MAGNANI, *op. cit.*, p. 75 ss.).

²¹ Nel diritto privato, il concetto di o.p. è stato identificato, in passato, con il complesso delle disposizioni inderogabili da atti dell’autonomia privata. Già nel secolo scorso, comunque, la dottrina internazionalprivatistica, che faceva capo alla cd. Scuola italiana – seguendo posizioni di studiosi di altri Paesi, come la Francia –, precisò come tale assimilazione fosse contraddetta dalle disposizioni stesse del Codice Civile, laddove, all’art. 1343, si distingue chiaramente la contrarietà alle norme imperative dalla contrarietà all’o.p. (v. PALAIA, *op. cit.*, p. 25). Inoltre, tale identificazione era incompatibile con una lettura unitaria dell’o.p., secondo il significato acquisito nel d.i.p.: si evidenziò, infatti, che l’inderogabilità delle norme nazionali da parte dei privati era superabile dai privati stranieri che disponevano in Italia, in base alle leggi straniere dichiarate applicabili dal d.i.p., perché i limiti all’autonomia privata, posti dalle leggi interne inderogabili, erano più estesi di quelli di o.p., che impedivano di applicare la norma straniera. Il concetto di o.p. nel d.i.p., infatti, superata la fase in cui si riteneva coincidesse con il principio di territorialità – che faceva di esso, un’ipotesi comune di competenza legislativa tipica dell’applicazione di una legge territoriale – iniziò a essere considerato, anche dalla dottrina italiana, come un limite eccezionale, destinato a impedire l’applicazione di norme straniere in contrasto con esigenze fondamentali della *lex fori*. Sul punto, v. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *RDIPP*, 1976, 3, p. 489; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Jovene, 1986, p. 84.

comuni agli Stati con un elevato standard di evoluzione dei propri diritti, ogni volta che questi sono ritenuti fondamentali e irrinunciabili (anche) per lo stesso ordinamento nazionale.

Questa ricostruzione deve essere ora confrontata con le fonti del diritto eurounitario, in modo da verificare se essa sia applicabile all'indagine che si sta svolgendo sul distacco transnazionale dei lavoratori.

Poiché anche l'Unione europea si basa su principi fondamentali il cui rispetto è essenziale per la coerenza interna e il perseguimento dei fini che tale sistema integrato si pone, gli studiosi di d.i.p. hanno evidenziato che, tra i meccanismi di protezione dei valori fondamentali europei – al pari di quanto accade negli Stati nazionali –, vi è un concetto di o.p., proprio dell'ordinamento giuridico sovranazionale²², che ha applicazione sia nei rapporti tra Stati membri sia in quelli con Paesi terzi. L'apertura a questo concetto, portato di plurime elaborazioni dottrinali, non ha condotto finora a una sua perspicua definizione; senza un dato normativo nelle fonti eurounitarie, si è parlato infatti di o.p. di livello europeo, sovranazionale o, ancora, dell'Unione europea, pur senza far venire in rilievo elementi selettivi di differenziazione. L'incertezza lessicale non è comunque da sopravvalutare non generando né effetti sostanziali sulle regole da preservare né tantomeno i problemi qualificatori che hanno interessato l'o.p. quando è stato aggettivato come “internazionale” o “interno”.

Più del dato terminologico è opportuno occuparsi delle lacune dell'ordinamento eurounitario che l'o.p. può colmare, avendo ben chiaro che, quando si tratti di difendere valori concernenti l'Unione, esso non potrà che esprimere solo principi e regole appartenenti a tale ordinamento.

6. *L'ordine pubblico europeo nei rapporti con i Paesi terzi*

Come si diceva, una prima peculiare applicazione dell'o.p. europeo viene in rilievo per i rapporti internazionali che, in modo diverso, coinvolgono Paesi terzi²³. È possibile infatti che, pur in presenza di rilevanti con-

²² FERACI, *op. cit.*, p. 355; MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Giuffrè, 2010, p. 331 ss.; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 95; STRUYCKEN, *L'ordre public de la Communauté Européenne*, in AA.VV., *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008.

²³ MARINO, *op. cit.*, p. 342; FERACI, *op. cit.*, p. 113 ss.

nessioni con il territorio degli Stati membri, si applichi – in base ai criteri di collegamento enunciati nel Regolamento – la legge di uno Stato terzo, e che essa poi contenga previsioni incompatibili con i valori dell’Unione.

Quando la legge extraeuropea opera fuori dal territorio degli Stati membri non sarà certamente sottoposta ai limiti del diritto eurounitario; non è, però, vero l’inverso, e cioè che la legge terza sia soggetta al diritto eurounitario quando ha effetti nel territorio dell’Unione europea. Il Regolamento, infatti, ha previsto una clausola di salvaguardia degli obiettivi di interesse generale dell’ordinamento europeo che opera soltanto quando *tutti* gli elementi del contratto siano legati al territorio dell’Unione (art. 3.4). È stabilito cioè che le norme imperative del diritto europeo si applichino anche se le parti hanno scelto la legge di un Paese terzo, ma in tal caso il contratto deve essere legato, in tutti i suoi elementi, a uno o più Stati membri²⁴.

La tecnica utilizzata dal Regolamento previene le ipotesi di frode al diritto eurounitario perpetrate dai contraenti che decidono di applicare una legge extraeuropea – perché a essi più favorevole –, sebbene il contratto non presenti alcun contatto con l’ordinamento di quest’ultima; tale garanzia si presenta, invece, del tutto insoddisfacente nei casi – che ben possono caratterizzare il distacco di lavoratori da Paesi non membri – in cui il contratto, pur non essendo eseguito in tutto o in parte nel territorio di uno Stato terzo, presenta con esso dei collegamenti, che ne motivano l’applicazione della relativa legge.

In tali casi, per rispondere alla logica di vietare l’ingresso di leggi di Paesi terzi incompatibili con i vincoli del diritto eurounitario, l’o.p. europeo può svolgere un ruolo di correzione degli effetti della legge, di sicuro interesse per gli obiettivi dell’Unione²⁵.

L’o.p. consente, innanzitutto, la possibilità di preservare l’operatività dei principi fondamentali del diritto primario, in un’ottica che, in relazione ai rapporti di lavoro e non solo – si badi – è essenziale per permettere che, nel mercato interno, la concorrenza tra imprese non sia falsata da accordi privati che, adottando regole diverse, fissino vantaggi nella produzione di beni e/o l’erogazione di servizi, da commercializzare sul territorio degli Stati membri

²⁴ Con riferimento alla disciplina precedente della Convenzione di Roma, cfr. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Verlag, 1998, p. 23, nota 41; v. *etiam* FERACI, *op. cit.*, p. 121 ss.

²⁵ In questo senso, BONOMI, *Conversion of the Rome Convention into an EC Instrument. Some remarks on the green paper of the EC Commission*, in *YPIL*, 2003, p. 53 ss.

(art. 101 Tfeue). Specie i trattamenti economico-normativi riconosciuti ai lavoratori da leggi di un Paese terzo costituiscono, a pieno titolo, componenti capaci di alterare la competizione tra le imprese operanti nel mercato europeo, creando così il noto *dumping*, grazie alla possibilità di stabilirsi fuori dal territorio europeo per godere di regole meno rigide e protettive.

Da questo punto di vista, inoltre, tenuto conto di alcune pronunce della Corte di Giustizia²⁶, una illustre dottrina tedesca, in particolare, si è orientata nel ritenere che anche la normativa derivata di diritto eurounitario, se rivolta a garantire interessi ritenuti fondamentali, possa essere inclusa tra le disposizioni da ritenere di o.p. europeo²⁷.

Quando si è trattato di commentare il caso *Igmar* – in cui la Corte ha diapplicato la legge di un Paese terzo contraria alle norme della direttiva sugli agenti di commercio (86/653/CE), qualificando queste come imperative nei confronti di una società con sede negli Stati Uniti – si è sostenuto in senso critico che il giudice inglese del rinvio, in realtà, avesse posto la questione pregiudiziale di conformità al diritto dell'Unione sulla base del concetto di o.p. e che ciò deponesse nel senso di ritenere opponibili alle leggi di Paesi terzi solo disposizioni europee qualificate²⁸; in effetti, risolvendo la connessione tra strumenti di d.i.p. e diritto eurounitario, nel senso di sostituire le leggi designate, appartenenti a Paesi terzi, ogni volta che esse sono contrarie alle norme imperative del diritto derivato, vi sarebbe un'impropria estensione del campo applicativo di questi atti, nonché il contrasto con il richiamato art. 3.4 del Regolamento Roma I, che consente tale effetto estensivo solo se *tutti* gli elementi pertinenti alla situazione sono situati in uno o più Stati membri.

²⁶ V. C. Giust., sentenza 9 novembre 2000, C-381/98, *Igmar*, con nota di VENEZIA, *L'applicazione necessaria degli artt. 17 e 18 della direttiva n. 86/653 sui contratti di agenzia ed il trattamento di fine rapporto nella legge inglese di attuazione*, in DCSI, 2001, p. 303 ss.; ADOBATI, GIANGROSSI, *Necessaria applicabilità della normativa comunitaria in tema di contratto di agenzia indipendentemente dalla legge che regola il contratto*, in DCI, 2001, p. 725 ss.; C. Giust., sentenza 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, con nota di ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in RIDPC, 1999, 6, p. 1353 ss.

²⁷ BASEDOW, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 57; in senso solo analogo, FERACI, *op. cit.*, secondo cui le norme di diritto derivato dell'Unione opponibili alle leggi di Paesi terzi sarebbero quelle di applicazione necessaria, le quali si differenziano da quelle di o. p. europeo (p. 119), salvo "casi eccezionali" in cui hanno "forza cogente tale da assurgere, allo stesso tempo, a principio di ordine pubblico" (p. 132), in base a una ripartizione interna alla categoria di tali norme non meglio definita nei suoi profili selettivi.

²⁸ BASEDOW, *op. cit.*, p. 57.

Si è perciò evidenziato come il criterio qualitativo per distinguere le norme europee opponibili a legislazioni di Paesi terzi possa basarsi sulla capacità della norma di diritto derivato di stabilire *condizioni minime ed essenziali* per il rispetto dei principi fondamentali del diritto eurounitario²⁹; solo per tali condizioni – che sarebbero di ordine pubblico europeo, perché necessarie a preservare gli scopi stessi dell’ordinamento giuridico eurounitario – sarebbe consentito derogare alle regole precostituite dal d.i.p., facendo esse da “filtro” e permettendo il passaggio solo di leggi conformi all’ordinamento dell’Unione, al quale lo Stato membro – a cui è collegato il caso – ha devoluto (benché parzialmente) la sua sovranità normativa.

Attuando questo modo di intendere l’o.p. europeo, ai lavoratori assunti da imprese situate in Paesi terzi meno sviluppati e impiegati in distacco in uno Stato membro, si giunge in maniera apprezzabile a bilanciare, anche in questa materia, l’interesse di preservare il sistema europeo di competizione degli operatori economici, con la necessità di dare una coerenza normativa all’ordinamento giuridico integrato. Di norma, come noto, la designazione della legge scelta dai contraenti ovvero stabilita in base ai criteri di collegamento di d.i.p., previsti per i contratti di lavoro dall’art. 8 del Regolamento, può condurre ad applicare, durante il periodo di distacco, la legge del Paese terzo anche quando questa è meno favorevole rispetto agli *standard* previsti nelle direttive europee, che regolano il fenomeno all’interno degli Stati membri. È pur vero che lo stesso Regolamento enuclea strumenti per preservare i lavoratori, quali contraenti deboli, come le norme non derogabili dai contraenti (art. 8.1)³⁰, o quelle di applicazione necessaria (art. 9)³¹; le prime, però, come si è già detto³², non consentono di estendere la loro finalità di protezione anche ai casi in cui, dalle regole di risoluzione del conflitto tra leggi, risulti designata una legge meno protettiva per i lavoratori; le seconde,

²⁹ Cfr. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2005, p. 445 ss.

³⁰ V. i contributi di DE CESARI, “Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria” nel Regolamento Roma I, e CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?*, in BARIATTI, VENTURINI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2009, rispettivamente p. 257 ss. e p. 215 ss.

³¹ V. i contributi di BONOMI, *Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti*, e MENGGOZZI, *I conflitti di leggi, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in BARIATTI, VENTURINI, *op. cit.*, rispettivamente p. 107 ss. e p. 701 ss.

³² V. *supra* § 2.

invece, nella prospettiva che si sta adottando, non sarebbero escluse, quanto piuttosto “assorbite” nel concetto stesso di o.p., essendo cioè ritenute norme di dettaglio che esprimono i medesimi suoi valori³³.

Pur non potendo, in questa sede, argomentare su un tema tipico del d.i.p., si tenga conto che, sotto il profilo assiologico, non può essere exceptio granché in contrario all’assimilazione funzionale tra o.p. e norme di applicazione necessaria (da ora “n.a.n.”), che la dottrina italiana e straniera³⁴ aveva prospettato, sin dall’iniziale elaborazione di queste come categoria giuridica, quando cioè si riconobbe la necessità di considerare alcune norme, per il loro rilievo, in grado di derogare alle leggi designate secondo i criteri del d.i.p.

La definizione di n.a.n. proposta più avanti nel Regolamento, per il suo dettato così generale e onnicomprensivo – “norme ritenute cruciali per la salvaguardia di interessi pubblici, quali l’organizzazione politica, sociale o economica di uno Stato” –, non ha chiarito la questione, impedendo anzi, data la sua formulazione, di accertare una scala di valori, di rango o tipologia, diversi da quelli di o.p.

Le differenze su cui ci si è soffermati per valorizzare l’autonomia delle n.a.n. dall’o.p. hanno riguardato il loro diverso momento di intervento nell’ambito della qualificazione della legislazione applicabile: le prime applicate, per la loro importanza, in via *preventiva* rispetto alla legge designata e, pertanto, operanti a prescindere da essa³⁵; il secondo, invece, considerato filtro di

³³ Tra gli Autori più accreditati che convengono su questa posizione v. SPERDUTI, *op. cit.*, p. 481; MALINTOPPI, *Le norme di applicazione necessaria fra diritto positivo e politica legislativa*, in *RDI*, 1977, p. 825 ss.; per la dottrina giuslavoristica, v. ORLANDINI, *Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* - 137/2012, p. 29 ss., che nota però tale profilo, guardando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

³⁴ Per la dottrina italiana vedi, tra gli altri, gli Autori citati alla nota precedente. Per quella francese e tedesca, cfr. FRANCESKAKIS, *Conflicts de lois (principes généraux)*, in *RDID*, 1968, p. 479; MANN, *Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws*, in *ICLQ*, 1978, p. 664; BUCHER, *L’ordre public et le but social es lois en droit international privé*, in *ReDC*, 1993, p. 34 ss.

³⁵ Da questo punto di vista, si sottolinea che, da un lato, l’operatività “preventiva” delle n.a.n. è discussa quando esse prevedono di derogare alla legge straniera che non rispetta gli standard minimi del diritto interno – è il caso dell’art. 3.7, della dir. 96/71/CE, che applica le n.a.n. del Paese di destinazione, ma ammette che si applichino quelle del Paese di origine se più protettive per i lavoratori distaccati –, casi in cui occorre un giudizio comparativo logicamente incompatibile con il presunto carattere preventivo. Allo stesso modo, l’operatività “successiva” dell’o.p. non trova giustificazione per le disposizioni che esprimono principi fondamentali dell’ordinamento del foro – si pensi ai principi di proporzionalità e sufficienza

sicurezza solo *successivo* alla designazione della legge, perché capace di disapplicarla solo dopo un precipuo giudizio di incompatibilità con i valori del foro³⁶.

Inoltre, è stato in maniera condivisibile evidenziato che le n.a.n. sono regole dettagliate, definite nel loro campo di applicazione a carattere internazionale, mentre l'o.p., operando per definizione come concetto indeterminato, può manifestarsi sia tramite norme di dettaglio sia con i principi generali fondamentali dell'ordinamento³⁷.

Queste precisazioni, però, non valgono a mettere in discussione il fatto che entrambi gli strumenti di deroga alla legge applicabile operino a difesa di valori dello stesso rango, cioè quelli chiamati a garantire la coerenza interna dell'ordinamento giuridico – siano espressi da norme di dettaglio o principi generali –, perché rispetto a essi nessun adeguato criterio di selezione si dimostra in grado di differenziarne i contenuti sotto il profilo assiologico.

Si condivide, allora, la tesi che ritiene n.a.n. quelle formulate in dettaglio dalla legge, ma reputa le stesse, disposizioni di o.p., quando si tratti di accertare se il loro contenuto sia importante al punto da derogare alla legge straniera applicabile³⁸.

È da questa prospettiva che, quindi, l'o.p. europeo, quale tecnica di correzione degli effetti derivanti dalle leggi di Paesi terzi, impone di valutare in concreto la conformità della legge straniera con le condizioni minime imposte dalle disposizioni europee sul distacco transnazionale, considerate norme di o.p. nel senso di cui si è detto.

A tal proposito, il principio fondamentale della concorrenza *leale* tra le imprese che operano nel mercato (art. 101 Tfu) e – di riflesso – la lotta al ribasso nella misurazione delle condizioni di lavoro, come tecnica competitiva, sono i valori essenziali di o.p. europeo, da cui deriva l'estensione del diritto derivato anche ai casi in questione. Ai lavoratori assunti da imprese di Paesi terzi saranno, pertanto, applicate condizioni minime di protezione come quelle dettate all'art. 3.1, dir. 96/71/CE, inclusi: a) la retribuzione, secondo

della retribuzione, ai sensi dell'art. 36 Cost. – e si applicano prima che si sappia cosa dispone questa o quella legge straniera.

³⁶ VILLANI, DI FABIO, SBORDONE, *op.cit.*, p. 63 ss.; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 105 ss.

³⁷ SPERDUTI, *op. cit.*, p. 481 ss.

³⁸ Cfr. SPERDUTI, *op.cit.*, p. 473 ss.; MALINTOPPI, *op.cit.*, p. 825 ss.; *contra* cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Utet, 2017, p. 264; LOTTI, *op. cit.*, p. 83.

l'ampia e maggiormente protettiva definizione datane con la direttiva 2018/957/UE³⁹; b) i limiti di durata al distacco – posti anch'essi in questa direttiva –, che segnano il confine temporale oltre cui il lavoratore impiegato nel Paese ospitante deve essere considerato parte integrante del mercato di tale ordinamento e, pertanto, anche destinatario di tutte le leggi in esso previste (v. art. 3.1 *bis* dir. 96/71/CE⁴⁰); c) e, ancora, gli indici previsti dalla direttiva *enforcement* 2014/67/UE per verificare l'autenticità del distacco e combattere i comportamenti fraudolenti intesi a eludere la legge applicabile ai rapporti internazionali (o definiti tali, dalle parti).

7. *Ordine pubblico europeo vs tutele dei lavoratori nei confronti dell'impresa beneficiaria del lavoro in distacco*

Il concetto di o.p. europeo che, però, più interessa ai nostri fini riguarda i rapporti di lavoro in cui il prestatore viene distaccato in un altro Paese membro. Com'è noto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tali casi, la disciplina contenuta nella direttiva 96/71/CE – ampliata dalla direttiva 2014/67/UE e modificata dalla direttiva 2018/957/UE – è quella a cui gli Stati membri ospitanti si attengono: sia per la definizione delle condizioni *minime* di lavoro da imporre alle imprese distaccanti, sia per escludere misure ulteriori che non siano – secondo il disposto dell'art. 3.10, dir. 96/71/CE – di o.p.⁴¹.

Si comprende, quindi, l'interesse che il concetto di o.p. richiamato nella direttiva ha acquisito, nell'ottica di estendere a questi lavoratori le ulteriori prerogative previste dallo Stato del distacco quando le leggi del Paese di origine sono meno protettive; interesse, del resto, particolarmente sentito dopo

³⁹ Sulle modifiche introdotte dalla nuova direttiva v. ROCCA, *op.cit.*, pp. 1171-1180.

⁴⁰ Come introdotto dall'art. 1, paragrafo 2, lett. b), della direttiva 2018/957/UE.

⁴¹ Sui vari significati attribuiti al concetto di o.p. enunciato all'art. 3.10, dir. 96/71/CE cfr. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, e FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *LD*, 2008, 1, rispettivamente a pp. 37 ss. e 119 ss.; v. *etiam* ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori*, cit., p. 465; PALLINI, *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato: libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, 2009, p. 197 ss.; CARABELLI, *Europea dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009, p. 67.

l'allargamento a Est dell'Unione, che ha ampliato i differenziali di diritti e garanzie sul lavoro nei sistemi degli Stati membri⁴².

A considerare la giurisprudenza europea, invero, il concetto di o.p., già negli altri ambiti in cui è stato usato per applicare regole rivelatesi incompatibili con le libertà economiche, è stato interpretato in senso restrittivo⁴³. Tale orientamento è stato confermato, per il distacco transnazionale, prima dalla Commissione⁴⁴ e poi dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*⁴⁵. In particolare nella decisione, dando seguito alle pronunce anteriori all'entrata in vigore della direttiva 96/71/CE, nelle quali il corretto uso delle regole del distacco transnazionale era stato sottoposto al principio di mutuo riconoscimento⁴⁶, la Corte ha assoggettato a tale principio anche i margini d'azione dell'o.p.⁴⁷, richiedendo che lo Stato del distacco possa applicare ai lavoratori distaccati nel suo territorio tutele ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3.1, solo se lo Stato di provenienza non garantisce a essi misure corrispondenti⁴⁸.

⁴² Vedi, di recente, il caso dei lavoratori rumeni impiegati nei cantieri navali olandesi, riportato da VAN HOEK, *Re-embedding the transnational employment relationship: a tale about the limitations of (EU) law?*, in *CMLR*, 2018, p. 449 ss., nel cui scritto si evidenzia la relazione tra il distacco transnazionale e il concetto sociologico di "embeddedness".

⁴³ Con riferimento alle materie oggetto di armonizzazione da parte del diritto eurounitario, v. BERTOLI, *op.cit.*, p. 376; MARINO, *op.cit.*, p. 331 ss. Più in generale vedi la dottrina citata alla nota 27. Per la giurisprudenza europea, in materia di libertà di prestazione di servizi, cfr. C. Giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, in *Racc.* I-9609, punto 30; C. Giust. 14 marzo 2000, C-54/99, *Scientology Church*, in *Racc.* I-01335, punto 17; in materia di libera circolazione delle persone, cfr. C. Giust., 31 gennaio 2006, C-503/03, *Commissione/Spagna*, in *Racc.* I-1097, punto 45.

⁴⁴ Escludendo che i contenuti dell'o.p. possano essere decisi in maniera discrezionale dagli Stati membri, cfr. Com (2003) 458 def. del 25 luglio 2003, punto 4.1.1.

⁴⁵ V. C. Giust., 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee/Granducato di Lussemburgo*, punti 34-44 e 50, su cui v. *ex plurimis* DEFOSSEZ, *Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, in AA.VV., *International and European Labour Law. A Commentary*, Hart, 2018, p. 661 ss.; ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *RDSS*, 2008, 3, p. 663 ss.

⁴⁶ *Commissione/Lussemburgo*, cit., punto 31.

⁴⁷ *Commissione/Lussemburgo*, cit., punto 42.

⁴⁸ Valorizzando le parti della sentenza in cui si analizzano le disposizioni sul contratto a termine e a tempo parziale, nonché quelle sulla forma scritta – tutte materie regolate da direttive europee –, è stato evidenziato che le condizioni di lavoro che gli Stati membri possono ritenere di o.p., estendendone l'applicazione ai prestatori di servizi stranieri, se relative a materie già regolate dal diritto derivato europeo, devono coincidere con (e non superare) il livello minimo di tutela stabilito dalle stesse fonti europee. Si veda *amplius, infra*, ma anche il puntuale commento

Se ne trae, così, un arretramento delle possibili forme di protezione espresse dall'o.p., da spiegare nei termini che seguono: in primo luogo, la sua minore incisività non deriva genericamente dal fatto che la sentenza lo definisca uno strumento eccezionale rispetto al principio della libertà di prestazioni di servizi⁴⁹. Anche laddove l'impresa non fosse tutelata da tale libertà economica e l'uso dell'o.p. seguisse le regole di d.i.p. – e in particolare il disposto dell'art. 21 del Regolamento – esso troverebbe attuazione solo nelle limitate ipotesi in cui occorre disapplicare la legge regolatrice del contratto, perché in contrasto coi valori essenziali dello Stato del foro: casi, insomma, gravi e rari almeno quanto quelli in cui, dopo aver accertato che la legge regolatrice del contratto (*rectius* la legge dello Stato di origine) non prevede misure sostanzialmente analoghe a quelle dello Stato del distacco, la giurisprudenza europea consente di applicare – oltre alle disposizioni dell'art. 3.1, dir. 96/71/CE anche – le misure di o.p. di quest'ultimo ordinamento⁵⁰.

In secondo luogo, e giungendo al punto saliente da cui deriva la differente incidenza in termini di tutele applicabili, che l'o.p. può garantire nella fattispecie del distacco transnazionale, vi è da precisare che la sentenza fa un uso atipico del principio del mutuo riconoscimento. Sin dalla sua elaborazione con la sentenza *Cassis de Dijon*⁵¹, tale principio è stato usato come al-

di ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., p. 669; v. etiam MARINO, *op. cit.*, p. 342-343, nonché, più di recente, TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 196.

⁴⁹ Commissione/Lussemburgo, cit., punto 30.

⁵⁰ Trattazioni specifiche meriterebbero, poi, due particolari profili: il primo è quello in cui la tutela garantita dallo Stato d'origine, essendo "sostanzialmente analoga", ma non corrispondente a quella prevista nello Stato di destinazione, violi i diritti fondamentali previsti in questo ordinamento – in proposito, si vedano le sentenze C. Giust. sentenza 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punto 40 (in cui la Corte rimette al giudice nazionale il compito di appurare se ai lavoratori distaccati spettava una retribuzione minima complessivamente analoga, ma comunque inferiore, a quella riconosciuta ai lavoratori locali, perché a questi si applicano maggiori oneri fiscali e previdenziali), o la sentenza *Omega*, cit., punti 36-37 (in cui la Corte, dopo aver precisato che la misura restrittiva dello Stato ospitante deve essere proporzionata e necessaria, ha evidenziato anche che tale misura non è richiesto sia espressione di una concezione condivisa da altri Stati membri, relativamente alle modalità di tutela di un diritto fondamentale). Un differente, ma altrettanto interessante, profilo di indagine è poi quello analizzato da CARABELLI, *op. cit.*, p. 68 ss., che approfondisce la relazione tra il concetto di o.p. e quello di "motivi imperativi interesse generale", elaborato dalla Corte di Giustizia e applicato in materia di libertà fondamentali.

⁵¹ C. Giust. 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*. Su tale principio, per la dottrina giuslavoristica, cfr. *ex plurimis* SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi*, in questa rivista, 2006, 3, p. 599 ss.

ternativa alla previsione di discipline europee di diretta armonizzazione affinché, quando non fosse possibile giungere a norme sovranazionali comuni, per le insanabili diversità nei principi ispiratori delle leggi nazionali, si potesse comunque pervenire a normative nazionali omogenee, capaci, da un lato, di favorire l'esercizio nel mercato interno delle libertà fondamentali previste nei Trattati e, dall'altro, di tutelare le tradizioni culturali e legislative di ciascuno Stato membro⁵².

Nel caso sottoposte, invece, la Corte esclude il diritto dei lavoratori distaccati alle maggiori tutele previste (e giudicate di o.p.) dal legislatore lussemburghese, in tema di contratti a tempo determinato e parziale, nonché di obblighi di forma, evidenziando che per tali istituti è applicabile una disciplina di livello europeo: si precisa, in particolare, che lo Stato membro di origine di tali lavoratori è competente a imporre e controllare l'applicazione delle direttive 91/533/CE, 99/70/CE e 97/81/CE, e che gli stessi obblighi, se imposti anche dallo Stato di destinazione, sarebbero di ostacolo all'esercizio della libertà di prestare servizi da parte delle imprese distaccanti⁵³.

In questa maniera, la sentenza contribuisce a fornire una definizione "europea" del concetto di o.p., aggiungendo a esso un nuovo parametro di valutazione, legato al controllo degli obblighi del diritto europeo derivato.

⁵² La Corte di Giustizia consente che tale principio sia derogato quando le restrizioni alle libertà fondamentali dei Trattati, previste dalle normative nazionali, sono giustificate da "ragioni imperative di interesse generale". La verifica che la Corte richiede in tali casi ai giudici nazionali è comunque molto rigorosa: affinché una misura interna possa derogare al principio di mutuo riconoscimento, limitando così l'esercizio delle libertà fondamentali, si richiede che essa sia obiettivamente necessaria a raggiungere l'obiettivo perseguito (principio di necessità) – da qui la verifica del fatto che nel Paese di origine non esista già una norma uguale o sostanzialmente analoga a quella richiesta dal Paese di destinazione, v. C. Giust., sentenza 28 febbraio 1996, C-272/94, *Guiot*; sentenza 23 novembre 1999, riuniti C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punti 48 e 51; sentenza 25 ottobre 2001, C-49/98, *Finalarte*, punto 44; sentenza del 28 gennaio 2016, *Laezza*, C-375/14, punto 31; sentenza 9 marzo 2017, C-342/15, *Gertraud*, punto 53; sentenza 19 dicembre 2018, C-375/17, *Stanley* – e, inoltre, che l'obiettivo posto non sia perseguibile con una misura meno restrittiva per l'esercizio della libertà fondamentale derogata (principio di proporzionalità) – v. C. Giust., sentenza 24 gennaio 2002, *Portugaia Construções*, punti 29-30; *Arblade*, cit., punto 39; *Finalarte*, cit., punto 51; sentenza 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, punto 20; sentenza del 17 marzo 2011, *Peñarroja Fa*, C-372/09 e C-373/09, punto 54.

⁵³ V. *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 41. L'interpretazione della sentenza data nel testo è generalmente condivisa. Oltre ai commenti di Orlandini, Traversa e de Mozzi citati alle note 48 e 55, cfr. PALLINI, *op. cit.*, p. 156; anche per l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia precedente alla sentenza, cfr. FALLON, *L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle*, in VENTURINI, BARIATTI, *op. cit.*, p. 341.

È chiaro che, in tal modo, la Corte si tiene nei gangli dell'indirizzo del legislatore europeo, secondo cui le regole sulla legge applicabile non possono contrastare coll'applicazione delle norme dell'ordinamento eurounitario⁵⁴: a tale risultato si giunge, però, con una tecnica eccentrica rispetto al modo con cui, di regola, la giurisprudenza europea applica il principio del mutuo riconoscimento, dal momento che la disciplina europea diviene anche parametro per valutare se le norme del Paese di origine sono “sostanzialmente analoghe” a quelle del Paese del distacco⁵⁵.

Questa maniera di operare, intendendo il vaglio sull'equivalenza delle discipline interne incentrato sul rispetto delle sole norme europee, ha suggerito così di rappresentare l'o.p., nella sua particolare versione “europea”⁵⁶, come un concetto monco della sua funzione tipica, di essere valvola di sicurezza di valori e regole *prima di tutto statali*. L'analisi dell'o.p. europeo, nel distacco transnazionale dei lavoratori tra Stati membri, ha condotto, infatti, a risultati molto diversi da quelli evidenziati prima per i Paesi terzi. Se per questi, esso ha permesso di estendere le regole basilari del diritto eurounitario, *aggiungendole* a quelle interne, di pari rango, appartenenti all'ordinamento del foro, il suo uso nei rapporti in distacco intraeuropei, proprio al fine di preservare una regola basilare del diritto eurounitario, qual è la libertà di prestazione di servizi dell'impresa distaccante – di cui non godono le imprese di Paesi terzi –, ha portato, invece, a *sottrarre* dai suoi contenuti i valori interni allo Stato del distacco incompatibili con tale libertà.

⁵⁴ Vedi l'art. 23 del Regolamento. Per il coordinamento tra le norme del Regolamento e quelle della direttiva 96/71/CE si condivide l'affermazione secondo cui, con la direttiva, il legislatore europeo ha previsto una tutela distinta e aggiuntiva, seguendo un obiettivo “specifico, ma complementare rispetto a quello del regolamento”, v. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di transnazionalità*, cit., p. 391.

⁵⁵ In senso conforme ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., pp. 668–669, precisa che: “La Corte non fonda però un simile giudizio di «necessità» [...] sul fatto che tale normativa garantisca una tutela «sostanzialmente analoga» a quella prevista dalla legislazione dello Stato ospitante, ma sul fatto che essa rispetti gli standard minimi imposti dalle direttive di armonizzazione. Per effetto di tale impostazione i termini del confronto tra le due normative (dello Stato d'origine e ospitante) cambiano radicalmente”; cfr. *etiam* DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in CARINCI M.T., CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Utet, 2011, p. 49.

⁵⁶ Parla di nozione sottratta alla sovranità statale, LOFFREDO, *Democrazia aziendale imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 117; giudica, invece, “ultrariduttiva” l'interpretazione dell'art. 3.10 proposta della sentenza Commissione c. Lussemburgo, IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, p. 138. In senso critico rispetto alla sentenza, PALLINI, *op. cit.*, p. 197 ss.; v. *etiam* CARABELLI, *op. cit.*, p. 68 ss.; NADALET, *op. cit.*, p. 41.

Questa prospettiva non convince prima di tutto perché riconosce all'o.p. europeo una funzione di garanzia per l'applicazione del diritto eurounitario che, nel contesto in cui è posta in risalto, cede gran parte della sua utilità applicativa. L'uso dell'o.p. europeo è reso in tal modo una mera duplicazione del principio del primato del diritto eurounitario⁵⁷: le fonti europee sono infatti originariamente vincolanti non solo nel Paese del distacco, ma anche in quello di origine, ove ha sede l'impresa straniera distaccante, cosicché, anche in questo, in base al primato del diritto eurounitario, è già possibile disapplicare il diritto interno incompatibile⁵⁸. In tale contesto di regole, l'o.p. europeo non avrebbe alcun concreto "effetto utile"⁵⁹, se non di escludere dal riferimento dell'art. 3.10 le diversità valoriali dei singoli Stati membri, che invece andrebbero preservate alla luce dell'art. 67 Tfu⁶⁰. Per queste ragioni, allora, anche nel distacco transnazionale tra gli Stati membri, l'o.p. previsto nella direttiva 96/71 deve ritenersi abbia una connotazione internazionalistica – coincidendo con l'o.p. del foro dell'art. 21, Regolamento⁶¹ –, in base alla quale esso si qualificherà come strumento di garanzia per la coerenza interna *dei singoli ordinamenti*, (ma) nei limiti di compatibilità coi principi del mercato unico europeo.

⁵⁷ V. C. Giust. sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*; C. Cost. 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*.

⁵⁸ Anche quando lo Stato in cui ha sede l'impresa distaccante non ha recepito – o non ha recepito correttamente – una norma di diritto derivato eurounitario, posta a tutela del lavoratore, non sarà necessario invocare l'o.p. europeo (*contra* ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale*, cit., p. 669), ma si terrà conto dell'efficacia diretta o meno della disposizione: se questa è direttamente applicabile, il giudice del caso evocherà il principio del primato e della diretta applicabilità della norma europea, disapplicando quella straniera incompatibile; al contrario, ove la norma europea non fosse incondizionata e sufficientemente chiara e precisa, da essere applicabile nei rapporti tra privati – priva cioè di efficacia diretta orizzontale –, il giudice potrà dare un'interpretazione del diritto straniero *conforme* a quello eurounitario – v. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in cui la Corte aggira il problema della disapplicazione della direttiva in un rapporto orizzontale, affermando che la legge tedesca si poneva in contrasto con il principio di non discriminazione in ragione dell'età; v. *etiam* C. Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci* –, disapplicando il diritto interno in base a norme superiori – direttamente applicabili – poste a tutela dei medesimi obiettivi.

⁵⁹ Vedi, da ultimo, sull'effetto utile nel diritto eurounitario, anche da una prospettiva storico-dogmatica, RATTI, *L'argomento dell'effetto utile nell'espansione del diritto del lavoro europeo*, in *DLRI*, 2017, p. 499.

⁶⁰ Sul punto, già in questo senso, sia consentito rinviare a CORDELLA, *Transnational posting of workers between public policy and collective bargaining*, in PERULLI (a cura di), *New industrial relations in the era of globalization: a multilevel analysis*, Cedam, 2018, p. 129.

⁶¹ In senso conforme DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 660; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 52.

Il passaggio ulteriore di cui tener conto, allora, riguarda il fatto che le norme di o.p. introdotte dagli Stati membri debbono pur sempre essere compatibili con il Trattato, e in particolare con la libertà di prestare servizi nell'Unione. Tale profilo, che è centrale e, non a caso, è stato valorizzato in profondità, dagli studiosi italiani e non, ha oscurato alcuni aspetti accessori, ma comunque non marginali, nell'ottica di chiarire le modalità applicative dell'istituto.

Premesso che, per tutelare la libertà dell'art. 56 Tfu, la giurisprudenza europea ha applicato il principio del mutuo riconoscimento secondo tecniche di bilanciamento risultate, spesso, poco condivisibili – specie, per le tematiche lavoristiche, nel *Laval Quartet*⁶² –, il discorso scientifico sull'uso dell'o.p. nel distacco transnazionale evidenzia che non sempre i contenuti di questo concetto contrastano o sono da bilanciare con gli interessi eurounitari legati alla libertà di prestare servizi transnazionali e che, in tali casi, i contenuti nazionali dell'o.p. sono ancora attuali e applicabili.

Una serie di tutele, infatti, sono acquisite dal lavoratore distaccato per il fatto di operare nel territorio del Paese del distacco, al servizio del destinatario della prestazione, il quale, salvo casi specifici⁶³, è un'impresa che ha stipulato un contratto con la distaccante. L'effettiva esecuzione della prestazione

⁶² In particolare sulle sentenze Viking e Laval – rispettivamente 11 dicembre 2008, C-438/05 e 18 dicembre 2007, C-341/05 – v. *ex plurimis*, ZOPPOLI A., Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata), in questa rivista, 2008, I, p. 153 ss.; ESPOSITO M., Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario, in questa rivista, 2006, 3, p. 571 ss.; LO FARO, Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, in LD, 2008, 1, p. 63. Tra la copiosa dottrina straniera v. DASHWOOD, Viking and Laval: issues of horizontal direct effect, in CYE, 2008, pp. 525-540; DAVIES, One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ, in ILJ, 2008, 2, pp. 126-148; DEAKIN, Regulatory competition after Laval, in CYE, 2007, p. 581 ss.

⁶³ Da questo punto di vista si segnala che non sempre nel Paese del distacco la prestazione è svolta a beneficio di un soggetto dotato delle caratteristiche dell'impresa. L'ampia formula di “destinatario della prestazione”, prevista alla lett. a), dell'art. 1, comma 3, dir. 96/71/CE, apre alle ipotesi in cui la prestazione di servizi è svolta a favore di un committente-persona fisica (è il caso della *trasferta*, che ad esempio può essere necessaria per compiere un servizio di assistenza alla vendita presso il consumatore finale del prodotto; cfr. ORLANDINI, Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro, Franco Angeli, 2013, p. 66). Ovvero, in relazione alla successiva lett. b), il caso dell'esecuzione dell'attività in distacco presso una succursale o un ufficio della distaccante, privi dei requisiti essenziali per acquisire la titolarità di un'attività economica complessa. Sulla nozione di impresa nel diritto comunitario v. BANO, La circolazione comunitaria di servizi labour intensive, in LD, 2008, 1, p. 12 ss. Ma, di recente, vedi nota INL n. 5398 del 10 giugno 2019.

a favore dell'impresa beneficiaria conferisce al lavoratore posizioni giuridiche nei confronti di questa, che non sono sottoposte ai limiti derivanti dalla libertà di prestazione di servizi; in tale relazione – che potremmo definire da contatto “sociale”⁶⁴ – l'impresa beneficiaria della prestazione opera nei confini del suo Stato di appartenenza, senza esercitare tale libertà economica e senza, pertanto, poter invocare a suo vantaggio le prerogative che da essa derivano. Il rapporto tra lavoratore distaccato e impresa destinataria della prestazione entra nel campo applicativo della direttiva perché si realizza secondo una delle ipotesi di distacco ammesse all'art. 1, par. 3, dir. 96/71/CE, ma rappresenta la parte della fattispecie complessa della quale l'ordinamento eurounitario si occupa meno. Il principale destinatario delle norme della direttiva è infatti il prestatore di servizi transnazionali (art. 1), il quale è estraneo all'applicazione delle regole nazionali che lo Stato del distacco pone a carico dell'impresa destinataria della prestazione.

Salve le specificità di casi singoli, quest'ultimo rapporto si pone in termini neutri rispetto alle finalità di tutela della libertà del prestatore di servizi, rientrando tra gli obiettivi della direttiva 96/71/CE allo scopo diverso di garantire un clima di leale concorrenza e misure che preservino i diritti dei lavoratori (considerando 5). Non a caso, le regole della direttiva 96/71/CE si applicano alle imprese che, distaccando lavoratori in un altro Stato membro, godono della libertà dell'art. 56 Tfu⁶⁵, ma le imprese nazionali – che ricevono la prestazione del lavoratore distaccato, ma non esercitano tale libertà – sono menzionate all'art. 3.10, ove si stabilisce che, in pari misura, a esse e a quelle di altri Stati membri, è imposto di applicare le condizioni di lavoro e di occupazione “laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico”. Nel rapporto tra lavoratore e impresa destinataria della prestazione, pertanto, si applicheranno a favore dei lavoratori le tutele di o.p. stabilite nello Stato del distacco e queste potranno operare senza i limiti legati al bilanciamento con l'interesse economico del prestatore di servizi.

Proprio perché riferito al diritto del lavoro, il discorso si fa molto interessante per il nostro Paese – e per gli altri come il nostro –, in cui vige

⁶⁴ Con specifico riferimento al rapporto tra lavoratore e utilizzatore, nell'ambito della somministrazione di lavoro, cfr. FERRARA M.D., *La tutela dei lavoratori somministrati: responsabilità ed obblighi in materia di salute e sicurezza*, in *DSL*, 2018, 1, p. 34 ss.

⁶⁵ In base all'art. 1, dir. 96/71/CE: “La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi *transnazionale* (corsivo mio), distacchino lavoratori [...] in uno Stato membro”.

vincoli costituzionali a forte connotazione sociale e in cui, quindi, il ragionamento si addensa di contenuti: il criterio di designazione della legge in caso di distacco transnazionale, riconoscendo l'applicazione della legge dello Stato di origine, fa in modo, infatti, di imporre regole che possono essere molto diverse da quelle interne, sino al punto da intaccare diritti dei lavoratori che trovano fondamento e ragione nei principi generale dell'ordinamento.

8. *Alcune applicazioni dell'ordine pubblico nazionale ai lavoratori distaccati in Italia*

Un'elencazione perspicua dei diritti sul lavoro che sono parte del novero di quelli irrinunciabili – e perciò di o.p. – per il nostro Paese non è nei fini di questo scritto, né può dirsi auspicabile sotto il profilo metodologico; vi osta, in primo luogo, il significato che l'o.p. esprime, di concetto *indeterminato*, che ha la propria ragion d'essere nella capacità di risolvere antinomie che si rivelano nel caso concreto⁶⁶.

Tuttavia, nell'ottica di sviluppare un'analisi che trovi dimostrazione nel dato applicativo, è utile fornire qualche esempio dei contenuti nazionali dell'o.p., di cui potrebbero godere i lavoratori distaccati in Italia. Questo passaggio della ricerca si lega, sotto il profilo teorico, alle considerazioni già svolte quando si è sottolineato che, accanto ai contenuti del diritto europeo, nel concetto di o.p. rientrano i valori fondamentali del diritto nazionale; d'altronde, tale prospettiva è la stessa che in Italia è stata confermata di recente, da un importante arresto del giudice di legittimità, con la sentenza della Cassazione Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601⁶⁷, nella quale è stato evidenziato come il recepimento del diritto sovranazionale non riduce l'ambito del controllo sulle norme straniere contrarie ai principi fondamentali interni all'ordinamento, ma *affianca* alla funzione storica dell'o.p. nazionale quella di promozione dei valori tutelati nell'Unione⁶⁸.

⁶⁶ *Ex plurimis*, BARBA, *op. cit.*, p. 408; LOTTI, *op. cit.*, p. 43 ss. Inoltre, la sua connotazione assiologica richiede sia rispettato anche il suo carattere *relativo*, cioè la mutevolezza dei valori che si propone di proteggere, che, a seconda del contesto storico, sono o no inclusi tra gli elementi identitari di un ordinamento giuridico, cfr. DI FABIO, SBORDONE, VILLANI, *op. cit.*, p. 58; QUADRIR., *op. cit.*, p. 400 ss.

⁶⁷ V. Cass. sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601, con nota di ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in DCI, 2017, p. 722 ss.

⁶⁸ Le Sezioni Unite dopo aver evidenziato la profonda evoluzione che il concetto di o.p.

Più in particolare, allora, è utile proporre due esempi per tutti, di ipotesi in cui l'o.p. interno dovrebbe applicarsi ai lavoratori distaccati in Italia, nei confronti dell'impresa beneficiaria della prestazione: il richiamo al concetto di o.p. con connotazioni nazionali può acquisire particolare significato, prima di tutto, per i diritti di autonomia collettiva e di autodeterminazione sindacale. La garanzia costituzionale della libertà sindacale, espressa all'art. 39 Cost., si impone infatti quale fondamento del lavoro salariato in tutte le sue forme⁶⁹, senza ammettere limitazioni legate al tipo di rapporto e attribuendo così anche ai lavoratori distaccati per la durata della missione in Italia, i diritti di libertà e attività sindacale, tra cui la garanzia di partecipare alle assemblee dei dipendenti dell'impresa destinataria della prestazione. Poiché al lavoratore straniero distaccato in Italia spetterebbero, quindi, i diritti sindacali previsti

ha subito, da “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico” (Cass. 1680/84) a filtro del “sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria” (Cass. 1302/13), hanno confermato che il recepimento del diritto sovranazionale non comporta “la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possano minare la coerenza interna dell'ordinamento giuridico” e, anche qualora un istituto appartenente alla legge (o sentenza) straniera non trovi ostacoli nella disciplina europea, prima di poter essere applicato dovrà “misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”. Si è così ribadito che il rapporto tra l'o.p. dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza (v. punto 6 della decisione): in particolare, nel caso esaminato, le Sezioni Unite si confrontano con un istituto non regolato dal diritto eurounitario – i danni punitivi – e, ciononostante, ritengono che alla legge straniera affermativa di tale forma di risarcimento sia opponibile l'o.p. in base ai (soli) principi costituzionali degli articoli da 23 a 25 (spiegando, poi, che ogni condanna a risarcimenti punitivi richiede di verificare se l'ordinamento straniero abbia o meno stabilito una espressa previsione sanzionatoria in tal senso). In materia di rapporti internazionali di lavoro, nel senso di considerare di o.p. i principi fondamentali del diritto interno, a prescindere dall'esistenza di una conforme normativa sovranazionale, si veda Cass. 26 aprile 2013 n. 10070, che applica il principio secondo cui l'accesso al pubblico impiego deve avvenire, di regola, mediante concorso pubblico. Nel senso, poi, di ritenere di o.p. solo i principi peculiari dell'ordinamento nazionale, che questo ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali, si veda Cass. 26 novembre 2004 n. 22332, la quale però utilizza tale argomento per escludere alcuni diritti sul lavoro dal novero di quelli fondamentali (tfr e indennità accessorie), senza interrogarsi sul caso diverso in cui si tratti di regole che, seppur riconosciute solo dal diritto nazionale, siano ritenute fondamentali perché, ad esempio, presenti in Costituzione. Più in generale, per altre sentenze sul tema dell'o.p. nei rapporti di lavoro internazionali si vedano Cass. 22 febbraio 2013 n. 4545 e Cass. 19 luglio 2007 n. 16017.

⁶⁹ Sul punto, in relazione ai rapporti di lavoro con profili internazionali, già BRINO, GRANOLI, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 212.

dalla l. 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni, le norme interne troverebbero immediata applicazione – come n.a.n. – e il loro significato non potrebbe che assumere la veste dell'o.p. interno, in base al rapporto tra n.a.n. e o.p. già spiegato prima⁷⁰.

Ulteriore caso di applicazione dei contenuti nazionali dell'o.p. potrebbe riguardare, inoltre, i lavoratori distaccati in Italia da prestatori di servizi stranieri *diversi* dalle agenzie interinali (per i quali, invece, è già previsto all'art. 3 dir. 96/71/CE si applichino le condizioni di fornitura del Paese ospitante); in tali ipotesi, valorizzando la connotazione nazionale dell'o.p., è possibile sottoporre le imprese italiane, che beneficiano delle prestazioni di lavoratori distaccati, ai divieti previsti per l'utilizzatore di lavoro somministrato dall'art. 32, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (operanti anche in caso di appalto o distacco non genuini⁷¹). Si tratta, in particolare, dei divieti di assunzione della manodopera da utilizzare in “sostituzione di lavoratori in sciopero” ovvero in “unità produttive nelle quali si è proceduto [...] a licenziamenti collettivi...” o, ancora, in “unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro [...] in regime di cassa integrazione guadagni” (art. 32 lett. a, b, c)⁷², per i quali l'ordinamento si propone, rispettivamente, di evitare che siano mitigati in maniera illegittima gli effetti del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.* e, nelle altre ipotesi, di scongiurare la realizzazione di un ricambio di personale contrario alla garanzia costituzionale dell'art. 4 Cost. e in frode al sistema di protezione sociale affermato all'art. 38 Cost.

Il fatto che in tali casi non si applichino le regole del lavoro somministrato – e degli altri modelli contrattuali di lavoro temporaneo, come quello intermittente o a termine –, crea le condizioni per un immediato pregiudizio

⁷⁰ V. *supra*, § 6.

⁷¹ La violazione dei limiti entro i quali il legislatore ammette ipotesi di interposizione della manodopera – come l'appalto e il distacco –, come noto, comporta l'applicazione in tali casi delle sanzioni stabilite per la somministrazione di lavoro irregolare cfr. *ex plurimis* DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in RIDL, 2008, 2, I, p. 142; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 147. Più di recente, sia consentito il rinvio a CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in DRI, 2016, 2, p. 524. Di recente, sulla somministrazione transnazionale vedi l'attento contributo di SITZIA, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT - 391/2019.

⁷² La lettera d) dell'art. 32 cit., relativa alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute, si applica già ai lavoratori distaccati in Italia, essendo tra le materie indicate all'art. 3.1 della direttiva 96/71/CE, per le quali si adottano le norme dello Stato del distacco.

al buon funzionamento del mercato, perché consente tramite il distacco transnazionale di soddisfare esigenze di impiego ritenute non meritevoli di tutela dall'ordinamento interno; il rilievo di o.p. di questo divieto è insito innanzitutto nella sua estensione applicativa, includente non solo le assunzioni tramite lavoro somministrato, ma anche quelle disposte con altri strumenti contrattuali temporanei; inoltre, sotto il profilo qualitativo, esso intende preservare finalità di rilievo costituzionale, come il diritto al lavoro e allo sciopero, essenziali per la coerenza del sistema e incompressibili, in assenza di ragioni di bilanciamento con interessi di pari rango.

Abstract

Dopo una breve premessa sulle regole relative ai rapporti di lavoro con profili internazionali, il saggio si occupa di analizzare il significato del concetto di ordine pubblico nel distacco transnazionale, tenendo conto del suo ruolo anche nei rapporti con le imprese non appartenenti all'Unione europea. Nella parte finale, poi, l'Autore verifica se sia compatibile con il diritto eurounitario un'applicazione dell'ordine pubblico, che consenta di preservare valori fondamentali appartenenti al diritto del lavoro dei singoli Stati membri.

After a brief introduction on the rules concerning labor relations with international profiles, the essay deals with the concept of public policy in transnational posting, also taking into account its role in relationships with companies not belonging to the European Union. In the final part, therefore, the Author checks whether or not it is compatible with EU law, an application of the concept of public policy, which allows to protect the labor law's fundamental values provided by the single Member States.

Key words

Distacco dei lavoratori, ordine pubblico, lavoro transnazionale, diritto internazionale privato.

Posting of workers, public policy, transnational labor, private international law.

